Die Gründe der Strafloſigkeit des Jugendlichen nach dem Jugendgerichtsgeſetz.

Inaugural-Diſſertation

zur

Erlangung der juriſtiſchen Doktorwürde der Rechts- und Wirtſchaftswiſſenſchaftlichen Fakultät

der

Univerſität Roſtock

vorgelegt von

E. Wentura

aus Ruſſe, Bulgarien.

Roſtock.
Druck von Carl Hinſtorffs Hofbuchdruckerei.
1926.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Literaturverzeichnis.

1. Kommentare und Lehrbücher.

1. Beling, Grundzüge des Strafrechts. 8.—9. Aufl. Tübingen 1925 (zit. Beling).
2. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1898 (zit. Berner).
3. van Calker, Strafrecht. 2. Aufl. München 1924 (zit. van Calker).
4. Ebermeier-Lobe, Das Strafgesetzbuch. 2. sowie 3. Aufl. 1922—1925.
5. Engelmann, Das Jugendgerichtsgesetz. Freiburg i. Br 1923 (zit. Engelmann).
6. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904 (zit Finger).
7. Francke, Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. München und Berlin (zit. Francke).
8. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 15. Aufl. Tübingen 1924 (zit. Frank).
9. Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, erste Hälfte (zit. Geyer).
10. Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1922 (zit. Gerland).
11. Göbel, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Leipzig 1922 (zit. Göbel).
12. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881—1887 (zit. Hälschner).
13. Hellwig, Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1923 (zit. Hellwig).
14. Kiesow, Jugendgerichtsgesetz. Mannheim 1923 (zit. Kiesow).
15. Köhler, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917 (zit. Köhler).
16. M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1918 (zit. M. E. Mayer).
17. v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 24. Aufl. Berlin und Leipzig 1922 (zit. v. Liszt-Schmidt).
18. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig 1922 (zit. Meyer-Allfeld).
19. Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Stuttgart 1912 (zit. Merkel-Liepmann).
20. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1916. 10. Aufl. (zit. Olshausen).
21. Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901 (zit. Oppenhoff-Delius).
22. Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879 (zit. Rubo).

23. Radbruch, Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. In Zentr. f. Vorm. wes. Berlin 1923 (zit. Radbruch).
24. Reichard, Kurzgefaßtes Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Karlsruhe 1912 (zit. Reichard).
25. Rüdorf-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1892 (zit. Rüdorf-Stenglein).
26. R. Schmidt, Grundriß des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1925 (zit. R. Schmidt).
27. Schwarz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1892 (zit. Schwarz).
28. v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1884 (zit. v. Schwarze).
29. Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914 (zit. Wachenfeld).

2. Abhandlungen.

1. Alsberg, Die strafbare Handlung. In Reform des Strafrechts 1926 (zit. Alsberg).
2. Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder. Berlin 1892 (zit. Appelius).
3. Aschaffenburg, Die Stellung des Psychiaters zur Strafrechtsreform unter Berücksichtigung des neuen Entwurfs. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 1925. S. 145 ff. (zit. Aschaffenb. Mon.).
4. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. Berlin 1907 (zit. v. Bar).
5. Beling, Methodik der Gesetzgebung. Berlin 1922 (zit. Beling-Methodik).
6. Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Bd. 2. Aufl. 1916. Leipzig (zit. Binding).
7. Bruck, Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit. Breslau 1878 (zit. Bruck).
8. Daniel, Muß sich die Einsicht des jugendlichen Täters auch auf qualifizierende Momente beziehen? GS. 78, 218 ff. (zit. Daniel).
9. A. Fennig, Die Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher nach den neuesten Strafgesetzentwürfen. Bresl. Diss. Breslau 1918 (zit. Fennig).
10. Frank, Strafausschließungs- und Milderungsgründe. In Reform des RStGB. Bd. I, 226 ff. (zit. Frank-Reform).
11. Frank, Zurechnungsfähigkeit und Trunkenheit nach dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.. Bl. für Gefängn.-Kunde, Bd. 44, 239 ff.
12. Freudenthal, Der Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes. In Z. 41, 667 ff. (zit. Freudenthal).
13. Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung. Breslau 1906 (zit. Fuchs).
14. Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919. Tübingen 1920 (zit. Gerland-Entw. 1919).
15. Gerland, Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. Kritische Bemerkungen. Berlin und Leipzig 1925 (zit. Gerland-Entw. 1925).

16. Gerland, Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes. In der Festschrift f. E. Rosenthal. Jena 1923 (zit. Gerland-Festschrift).
17. Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Leipzig 1910 (zit. Gretener).
18. Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz. Berlin 1893 (zit. Heinemann).
19. Herrschmann, Der Unzurechnungsfähigkeitsparagraph in dem neuen deutschen Strafgesetzentwurf. In Jahrb. f. Psychiatrie und Neurol. 1922. Bd. 41, 109 ff. (zit. Herrschmann).
20. v. Hippel, Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit Z. 32, 99 f. (zit. v. Hippel).
21. Hoppe, Der „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" und die Psychiatrie. Blätter für Gef.-Kunde 44, 259 ff. (zit. Hoppe).
22. Kern, Die Teilnahme im E. 25. In GS. 92, 125 (zit. Kern).
23. v. Lilienthal, Jugendliches Alter. In VD., Allgem. T., Bd. 5, 104 ff. (zit. v. Lilienthal-Jug. Alt.)).
24. Löffler, Die strafrechtliche Behandlung Jugendlicher. Wien 1908 (zit. Löffler).
25. v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 1 und 2. Berlin 1905 (zit. v. Liszt-Aufsätze).
26. M. E. Mayer, Die Teilnahme. In Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Berlin 1910. S. 355 ff.
27. Metzger, Strafgesetzentwürfe. In Kr. viert. schr. f. Gesetzg. u. Rwiss. München-Berlin-Leipzig 1923 (zit. Metzger).
28. Netter, Die Behandlung der strafälligen Jugend. München 1908 (zit. Netter).
29. Oetker, Strafrechtliche Behandlung jugendlicher Personen. In GS. 73, S. 385 (zit. Oetker-Strafr. Behandl.).
30. Oetker, Die prozessualen Konsequenzen des Einsichtserfordernisses nach § 56—58. In GA. 47, 321 ff. (zit. Oetker GA.).
31. Reichard, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909. In Bl. für Gefängniskunde, Bd. 44, 29 (zit. Reichard).
32. H. Schmidt, Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht. Diss. Göttingen (zit. H. Schmidt).
33. Schneider, Die Autorität der Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen. In Z. 15, 182 ff. (zit. Schneider).
34. Seelig, Zurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit nach dem neuen deutschen Strafgesetzentwurf. In Str .r. Zg. 1922, S. 222 (zit. Seelig).
35. v. Slupecki, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht. Tübingen 1895 (zit. v. Slupecki).
36. Stienen, Die Schuld als Strafrechtsfunktion. In Monatsschr. f. Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform. 1926. S. 177 ff. (zit. Stienen).
37. Träger, zu den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch. In Z. 43, 117 ff. (zit. Träger).
38. Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893 (zit. Wachenfeld-Theorie).

39. Wachenfeld, Bemerkungen zu dem allgemeinen Teil des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919. In Archiv f. Rechts- und Wirtsch.-Philosophie, Bd. 15, 370 ff. (zit. Wachenfeld-Bemerkungen).
40. Wachenfeld, Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug. In Z. 40, 30 ff., 129 ff., 321 ff. (zit. Wachenfeld - Mittelbare Täterschaft.).
41. Wachenfeld, Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925. In GA. 69, 209 ff. (zit. Wachenfeld - Allgem. Teil).

3. Entwürfe.

1. Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 (zit. Preuß. Strafgesetzb. von 1851).
2. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1850 (zit. Motive 1850).
3. Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869 (zit. E. 1869).
4. Motive zum dritten Entwurf des Strafgesetzbuches 1870 (zit. E. III).
5. Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzentwurf, nebst Begründung. Berlin 1909 (zit. VE.).
6. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von Kahl, von Liszt, von Lilienthal, Goldschmidt, nebst Begründung. Berlin 1911 (zit. GE.).
7. Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Enthaltend den E. der Strafrechtskommission 1913, E. von 1919 und Denkschrift zu dem E. 1919, Berlin 1920.
8. Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, nebst Begründung. Berlin 1925 (zit. E. 1925).
9. Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch von 1909 (abgedruckt in Z. 30, 303).
10. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1911.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. „Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" nach § 56 des Strafgesetzbuches 1

§ 2. Der Hauptmangel des § 56 StrGB. 6

§ 3. § 3 JGG. Entstehungsgeschichte. Vorentwurf, Gegenentwurf, Kommissionsentwurf und Entwurf 1919 7

§ 4. 1. Erfordert die Vorschrift des § 3 JGG. die Fähigkeit zur Einsicht, oder diese Einsicht selbst? 2. Das Verhältnis von Einsichts- zum Willensvermögen 12

§ 5. Inhaltliche Bedeutung der Vorschrift 16

§ 6. Die Beziehung des Einsichts- und Willensvermögens zur Tat 21

§ 7. Rechtliche Bedeutung des Mangels des Einsichts- und Willensvermögens 29

§ 8. Die Teilnahme und die akzessorischen Delikte: Begünstigung und Hehlerei nach dem Jugendgerichtsgesetz 34

§ 9. Schluß. Wegfall der Strafe bei der Zwangserziehung und der bedingten Strafaussetzung 40

Einleitung.

Nach § 3 JGG. ist ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

In folgendem soll die inhaltliche und rechtliche Bedeutung dieser Vorschrift geprüft werden.

Nur des engen Zusammenhanges wegen sind wir auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Jugendliche näher eingegangen.

§ 1.

„Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" nach § 56 des Strafgesetzbuches.

§ 56 des Strafgesetzbuches bestimmt, daß ein Jugendlicher freizusprechen ist, wenn er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der begangenen Handlung erforderliche Einsicht nicht besaß. Ueber die Auslegung, sowie über die rechtliche Bedeutung dieser Vorschrift gehen in der Literatur die Ansichten stark auseinander. Der Streit dreht sich hauptsächlich um die Frage, ob das in § 56 aufgestellte Erfordernis der Strafbarkeit lediglich bei Jugendlichen, oder auch sonst bei Nichtjugendlichen, erfüllt sein muß, m. a. W.: ob die Einsicht in die Strafbarkeit und die Zurechnungsfähigkeit verschieden, oder, ob sie nur als ein Bestandteil von der Zurechnungsfähigkeit überhaupt aufzufassen wäre.

Die herrschende Meinung[1]) hat diese Frage im letzteren Sinne beantwortet. Und das mit Recht. Denn

1) Vgl. Berner § 45; Hälschner I 222; Binding 217; Oetker GA. 47, 332; Bruck 59 ff.; Wachenfeld 138; und in Z. 40, 132 f.; Mejer-Allfeld 192 f.; Gerland S. 80; Finger 217; v. Liszt-Schmidt 168 f.; v. Hippel S. 111; Fuchs 28; H. Schmidt 59 ff.; Frank (11.—14. Aufl.) § 56 III; Lobe, Leipz. Komm. (1. Aufl.) § 56, 3; Merkel-Liepmann 70 f. Dagegen wird die Strafbarkeitseinsicht als von der Zurechnungsfähigkeit verschieden angesehen von: Olshausen-Zweigert § 56, 8; Schwarz § 56,2; Rüdorf-Stenglein § 56, 6; Oppenhof-Delius § 56, 3; Göbel § 56, 3; Reichhard 159; Appelius 6 ff.; besonders v. Lilienthal Jug. Alt. 110 ff. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war nicht konstant. Meist schließt

sie entspricht der Tradition und ist auch theoretisch begründet.

Die Vorschrift des § 56 ist aus dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 übernommen, dessen § 42 lautet: „Wenn ein Angeschuldigter noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat und festgestellt wird, daß er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, so soll er freigesprochen werden ...“ Die Motive[2]) dazu sagen nun ausdrücklich, daß bei denjenigen Personen, welche das 16. Lebensjahr nicht zurückgelegt haben in jedem einzelnen Fall zu prüfen und zu entscheiden ist, ob die Tat in zurechnungsfähigem Zustande begangen ist. Das Unterscheidungsvermögen wurde hiernach mit der Zurechnungsfähigkeit gleichgestellt.

Die Vorschrift des § 42 ist, wie erwähnt, dem § 56 StrGB. zugrundegelegt worden, nur wurde das Wort „Unterscheidungsvermögen“ durch die Formel: „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ ersetzt. Damit wollte man jedoch nicht eine sachliche Aenderung herbeiführen. Diese Aenderung bezweckte vielmehr, nach Angabe der Motive zum dritten Entwurf des Strafgesetzbuchs[3]), einen dem Laien nicht geläufigen, überdies aber mehrfacher Deutung fähigen und in der Praxis auch verschieden ausgelegten Aus-

---

es sich der letzteren Ansicht an, so zuletzt E. 50, 199; 53, 86: das Reichsgericht habe in ständiger Rechtsprechung anerkannt, „daß trotz des Mangels der Einsicht eine strafbare Handlung an sich vorliegt, und wird der schuldige Jugendliche nur wegen des außerhalb des strafrechtlichen Tatbestandes liegenden Umstandes der mangelnden Einsicht von strafrechtlicher Ahndung frei gelassen“. In E. 33, 298; 47, 385 vertritt das RG. die erste Auffassung: „Nicht ein die Tat als solche unberührt lassender, von außen hinzutretender Umstand, wie der Mangel eines Strafantrages, oder der Eintritt der Verjährung, schließt hier die Bestrafung aus, sondern die Tat selbst erfüllt nicht die zur Strafbarkeit auf Grund des besonderen Gesetzes erforderlichen Bedingungen.

2) Vgl. Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1850. S. 20.

3) S. 30.

druck mit einem deutlicheren und bestimmteren zu vertauschen. Es blieb danach der Sache nach beim alten. Die Prüfung der Einsichtsfähigkeit stellt eine Prüfung der Zurechnungsfähigkeit dar. Hieraus ergibt sich mit Notwendigkeit die Folgerung, daß auch bei Erwachsenen zwar nicht in jedem Einzelfall, jedoch, wenn die Sachlage Zweifel an ihrer Zurechnungsfähigkeit ergibt, jene Einsichtsfähigkeit festgestellt werden muß. Das Strafgesetzbuch enthält allerdings eine Vorschrift, die das ausdrücklich bestimmt, nicht. Es darf aber hieraus noch nicht gefolgert werden, daß nur wenn Geisteskrankheit oder Bewußtlosigkeit nach § 51 StrGB. vorliegt, die Zurechnungsfähigkeit von Nichtjugendlichen ausgeschlossen werden könne. Hiergegen spricht nicht nur die eben geschilderte Entstehungsgeschichte des § 56 StrGB., sondern auch allgemeine Gesichtspunkte. Denn der Begriff der Zurechnungsfähigkeit fordert, daß bei jedem Menschen, ohne Unterschied des Alters, zur Zurechnungsfähigkeit diejenige Verstandesreife gehört, die es ihm ermöglicht, Recht und Unrecht, Erlaubtes und Unerlaubtes, zu unterscheiden. Ohne eine solche Verstandesreife ist daher ein Schuldvorwurf, auch wenn nicht einer von den in § 51 StrGB. bezeichneten Entartungszuständen gegeben ist, nicht möglich.

Daß die hier vertretene Auffassung den Standpunkt des Gesetzes bildet, das beweisen am besten dessen Motive[4]). „Das Recht des Staates", so heißt es darin, „gegen den Verbrecher nicht bloß Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen, sondern ihn zu strafen, beruht auf dem allgemeinen menschlichen Urteile, daß der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten und dem allgemeinen Bewußtsein gemäß zu handeln". Was hier die Motive

4) E. 3 S. 56.

unter einem „gereiften, geistig gesunden Menschen" verstehen, liegt nahe. Es ist diejenige Reife gemeint, deren Prüfung das Gesetz bei Jugendlichen zwischen zwölf und achtzehn Jahren vorschreibt.

Wenn nun die Motive zum § 50 und § 51 des ersten Entwurfs demgegenüber sich dahin äußern, „daß zwar für das Vorhandensein des Unterscheidungsvermögens das Bestehen der Zurechnungsfähigkeit Vorbedingung sei, daß aber selbst beim Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit das Unterscheidungsvermögen fehlen könne", so ist das zweifellos unrichtig, denn die Motive gehen hier von einem zu engen Begriff der Zurechnungsfähigkeit aus. Als ob er nur aus einem Element bestehe, nämlich der freien Willensbestimmung [5]).

Aus dieser irrtümlichen Auffassung heraus, die seltsamerweise von dem dritten Entwurf auch geteilt wird, und zwar in schroffem Widerspruch mit der (eben) aus dessen Motiven zitierten Stelle, läßt sich wohl die sachlich unzutreffende Fassung des § 56 StrGB. erklären. Es wird nämlich darin die Handlung eines ohne die Einsichtsfähigkeit handelnden Jugendlichen als eine „strafbare", also von einem im übrigen voll Zurechnungsfähigen begangen, bezeichnet.

Der Haupteinwand aber, der gegen die herrschende Meinung geltend gemacht wird, ist aus § 298 StrPO. hergeleitet worden [6]). Dieser enthält die Bestimmung, daß bei Jugendlichen — außer der nach § 293 StrPO. zu stellenden Hauptfrage: „Ist der Angeklagte schuldig?" — die Nebenfrage nach der Strafbarkeitseinsichtsfähigkeit gestellt werden soll. Hieraus folgert man, die Strafbarkeitseinsicht könne keine Schuldvoraussetzung sein; denn durch Beantwortung der Haupt-

5) Vgl. § 46 E. I.

6) Frank in den älteren Aufl., z. B. 3.—4. Aufl., § 56, III. Zit. ist die StrPO. in der a. Fass.

schuldfrage nach § 293 wird ja über die Schuld des Angeklagten entschieden.

Dieser Einwand kann jedoch durch den Nachweis entkräftet werden, daß § 298 StrPO. einen guten Sinn auch dann behält, wenn man ihn in Hinblick auf § 56 Abs. 2 StrGB. auslegt[7]). Hiernach muß der Richter in dem Urteil bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Anstalt gebracht werden soll. Wäre nun in § 298 StrPO. die erwähnte Bestimmung nicht getroffen, so würde der Richter in dem schwurgerichtlichen Verfahren aus dem Urteil nicht ersehen können, ob in der Beantwortung der Hauptschuldfrage, die Entscheidung über die nach § 56 StrGB. zu prüfende Strafbarkeitseinsicht mitenthalten ist. Die Bejahung oder Verneinung dieser sollte eben die Grundlage bilden für die gem. § 56 Abs. 2 zu verordnenden Maßnahmen.

Ueberblicken wir das Gesagte, so ergibt sich, daß die Bedeutung des § 56 StrGB. eine rein prozessuale ist. Sie besteht darin, daß dem Richter zur Pflicht gemacht wird, ein wichtiges Requisit der Zurechnungsfähigkeit, nämlich die Einsicht in die Rechtswidrigkeit[8]) der Handlung, in jedem Einzelfall festzustellen. Dadurch sollte der auf geistiger Unreife beruhenden Unzurechnungsfähigkeit Jugendlicher Rechnung getragen werden.

---

7) Vgl. Oetker a. a. O. S. 322 A. 2; ferner H. Schmidt 68 ff.; Fuchs 28; RG. 27, 392.

8) Wachenfeld 138, also nicht die Einsicht in die Strafbarkeit; gl. A. Oetker Strafr. Behandlung 386; Binding 221; Merkel-Liepmann 72; Lobe Leipz. Komm. § 56, 3 (1. Aufl.); a. A. Finger 216 f.; Berner 83; v. Slupecki 38; H. Schmidt 23 ff.; Fuchs 22 ff.; außerdem Geyer 103; Rubo § 56, 4; v. Hippel 129; Daniel 221, die die zur Erkenntnis der möglichen Strafbarkeit, der Strafwürdigkeit, der Handlung erforderliche Einsicht fordern.

§ 2.

Der Hauptmangel des § 56 StrGB.

Die nach § 56 StrGB. festzustellende Einsichtsfähigkeit stellt, wie in Theorie und Rechtsprechung überwiegend angenommen wird, eine Anforderung an das geistige Vermögen, an den Verstand des Jugendlichen. So führt das Reichsgericht E. 15, S. 97 aus: „Das Gesetz fordert denjenigen Grad der Verstandesreife, welcher nötig ist, um die Strafbarkeit der Handlung zu erkennen, nicht aber dasjenige Maß sittlicher Bildung, welches erforderlich ist, um das Verhalten nach dem als recht Erkannten einzurichten." Hier hat das RG. den wunden Punkt getroffen. Es ist nämlich heute allgemeine Erkenntnis, daß zum Begriff der Zurechnungsfähigkeit zwei Momente gehören: ein intellektuelles und ein Willensmoment. Das Verbrechen gehört in das Gebiet des Handelns, nicht nur des Denkens; daher setzt die Fähigkeit strafrechtlich erhebliche Handlungen zu begehen, außer dem Vermögen gewisse Rechtsnormen zu begreifen, noch das Vermögen, sein Tun und Lassen diesen Rechtsnormen entsprechend einzurichten, voraus.

Die Eigenart des jugendlichen Alters besteht nun gerade darin, daß diese Selbstbestimmungsfähigkeit oft fehlt. In der „Theorie" mag der Jugendliche wohl wissen, daß er nicht fremdes Eigentum sich aneignen, nicht fremde Ehre verletzen darf, doch in der „Praxis" versagt sein Wissen. Die mangelnde Reife äußert sich also bei Jugendlichen nicht nur in dem mangelnden Besitz des zur Zurechnungsfähigkeit erforderlichen Grades der Intelligenz, sondern auch in dem mangelnden Gebrauche der etwa vorhandenen Intelligenz[9]). Daraus folgt: die Prüfung der Zurechnungsfähigkeit

9) v. Bar 76.

des Jugendlichen darf sich nicht allein auf die geistige Entwicklung beschränken, sondern muß dessen sittliche Reife mitumfassen. „Was hilft es, daß der junge Mensch Recht und Unrecht zu unterscheiden weiß, wenn ihm als natürliche Folge seines jugendlichen Alters noch die sittliche Kraft fehlt, dem unsittlichen Triebe zu widerstehen, oder wenn ihm mangels jeglicher Erziehung Recht und Unrecht nur leere Begriffe geblieben, deren Bedeutung für sein Verständnis nicht über das Niveau des Erlaubten und Verbotenen hinausgeht.“ [10])

Nach § 56 des StrGB. ist nun eine solche umfassende Prüfung nicht möglich. Ein Willensmangel konnte nur dann berücksichtigt werden, wenn er auf Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit beruht. In der Nichtberücksichtigung der auf mangelnder sittlicher Reife beruhenden Willensunfähigkeit, darin besteht der Hauptmangel des § 56 des StrGB.

§ 3.

§ 3 JGG. Entstehungsgeschichte. Vorentwurf, Gegenentwurf, Kommissionsentwurf und Entwurf 1919.

Im Jahre 1902 wurde die Strafrechtsreform eingeleitet. Man erwartete daher, daß der VE. nunmehr den Fehler des § 56 StrGB. beseitigen und an Stelle der alten eine neue die Gesamtpersönlichkeit berücksichtigende Bestimmung aufnehmen würde. Die Erwartungen trafen jedoch nicht ein. Die Begründung zum VE. hebt mit Recht die Unzulänglichkeit des Ein-

10) Appelius 19; vgl. ferner v. Liszt Aufsätze Bd. 1 S. 436 ff., Bd. 2 S. 348; Netter 13 ff.; Fuchs S. 145 ff.

sichtsbegriffs hervor. Die bloße Kenntnis des Unterschiedes zwischen Recht und Unrecht bildet keinen genügenden Maßstab für die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Es kommt vielmehr auf die Gesamtentwicklung der Person, nicht bloß des Verstandes, sondern auch der sittlichen Begriffe und des Willens an. Diese Momente aber seien vom Gesetz nicht berücksichtigt [11]). Die Begründung glaubt jedoch auf eine besondere Vorschrift über die Jugendunzurechnungsfähigkeit verzichten zu können. Die Prüfung der Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen im Einzelfall soll also aufgegeben werden, und Jugendliche, soweit deren Strafbarkeit in Hinblick auf das Alter überhaupt anerkannt wird, mit Erwachsenen gleichbehandelt werden: „Denn die subjektive Fähigkeit ein Delikt zu begehen gehört zum Begriff der Zurechnungsfähigkeit, die bei jugendlichen Verbrechern von keiner anderen Art als bei Erwachsenen sei ..." „Eine besondere Anweisung an den Richter, daß er die sittliche und geistige Reife des Jugendlichen sorgfältig zu prüfen hat, ist hiernach nicht erforderlich".[12]) Dementsprechend heißt es in § 69 des VE.: „Hatte der Täter zur Zeit der Tat das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet, so sind hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch anzuwenden, doch darf auf lebenslängliches Zuchthaus nicht erkannt werden." Diese Gleichstellung ist indessen bedenklich. Denn das jugendliche Alter bildet an sich einen Grund der Unzurechnungsfähigkeit. Man denke beispielsweise an politische Vergehen. Die Zurechnungsfähigkeit kann hinsichtlich dieser bei sonst normaler Entwicklung des Jugendlichen ausgeschlossen sein. Auch eine verzögerte Entwicklung oder von der Regel abweichende Reife zeigt sich andererseits bei Jugendlichen durchaus nicht selten. Die jugendliche Unreife bildet hiernach einen

11) Begründung S. 257.
12) Begründung S. 258.

zu den allgemeinen Gründen hinzutretenden speziellen Grund der Unzurechnungsfähigkeit [13]). Daraus folgt, daß die geistige und sittliche Entwicklung des Jugendlichen in jedem konkreten Fall geprüft werden muß, wenn Strafe eintreten soll. Und selbst wenn man der gegenteiligen Auffassung der Begründung zustimmen wollte, so wäre doch wenigstens erforderlich, in § 63 des VE., der von den allgemeinen Strafausschließungs- und Milderungsgründen handelt, neben den pathologischen Zuständen, wie Geisteskrankheit, Blödsinn und Bewußtlosigkeit, auch das jugendliche Alter zu erwähnen. Die Nichterwähnung des jugendlichen Alters in § 63 des VE. hätte schließlich zur Folge gehabt, daß nach dem VE. Jugendliche mit Strafe belegt würden, nur wenn sie nicht „blödsinnig" sind [14]).

Die Mängel des VE. zu beseitigen stellte sich der GE. von 1911 zur Aufgabe. Die Begründung zum GE. erachtet mit Recht die Aufnahme einer besonderen Bestimmung über die Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher für notwendig. Denn ohne sie würden die Jugendlichen, so führt die Begründung aus, ganz erheblich schlechter als im geltenden Recht gestellt sein; für sie dürfe nicht die gleiche gesetzliche Vermutung der Zurechnungsfähigkeit, wie für den Erwachsenen, gelten. Die Gründe, die seinerzeit für die Aufstellung einer Altersstufe der zweifelhaften Zurechnungsfähigkeit bestimmend gewesen sind, wirken heute und für alle Zeit in gleicher Stärke fort [15]).

Nach § 16 des GE. ist die Handlung eines Jugendlichen straflos, „wenn der Täter zur Zeit der Hand-

13) Gretener Zurechnungsf. 84.

14) v. Hippel 117; Gretener 84; Fennig 98 ff. Die Beseitigung der Periode der relativen Strafmündigkeit wurde ferner beanstandet durch v. Liszt Z. 30, 258; Kitzinger Z. 31, 225 f.; Reichard 29; dagegen gebilligt u. a. von van Calker Z. 30, 287 f.; Rolffs GS. 75, 256 f.; Aschaffenburg D. Med. Wochen. (Zusam. gutachtl. Aeuß. S. 172).

15) Begründung 19.

lung nicht die Fähigkeit besaß, ihre Bedeutung für die Rechtsordnung und ihre Tragweite für den Täter richtig zu würdigen".

Diese Vorschrift bedeutet gegenüber § 56 des StrGB. einen bedeutenden Fortschritt. Zwar weist auch die „Einsicht in die Strafbarkeit" auf die staatliche Rechtsordnung hin. Der Jugendliche muß die Rechtspflichtwidrigkeit seiner Handlung einsehen können. Der GE. bringt jedoch diese Beziehung zur Rechtsordnung noch schärfer zum Ausdruck. Der Jugendliche soll fähig sein, die Bedeutung der Handlung und ihre Tragweite für sich richtig zu würdigen. „Würdigen" ist besser, als „Einsehen". Es bedeutet intellektuelles Beurteilen, Werten [16]).

Andererseits ist aber der GE. § 16 insofern zu beanstanden, als er nicht das Willensmoment in die Formel aufgenommen hat. Dieses Moment kann nicht in dem zweiten Satz: „ihre Tragweite für den Täter richtig zu würdigen" erblickt werden [17]). Dieser zweite Satz bedeutet bloß eine Erweiterung des Intelligenzmoments [18]). Denn es wird auch hier die Fähigkeit zur Würdigung verlangt, welche Fähigkeit ebenfalls ein Ausfluß der nämlichen menschlichen Intelligenz ist, auf welche die Fähigkeit zur Erkenntnis der rechtlichen Bedeutung der Handlung zurückgeht. Wenn ein sechzehnjähriger Jugendlicher unfähig ist, die rechtliche Bedeutung eines von ihm begangenen Staatsvergehens und dessen Bedeutung für sich richtig zu würdigen, so ist damit nur festgestellt, daß der Jugendliche in intellektueller Beziehung unreif ist. Das „Richtig-würdigen" bildet wohl ein wesentliches Moment in dem Willensbildungsprozeß, es enthält aber nicht einen direkten Hinweis auf die Widerstandskraft des Jugend-

16) Fennig 104.
17) a. A. v. Lilienthal DJZ. 17. Jahrg. S. 531.
18) Fennig 104.

lichen, die trotz des richtigen Würdigens doch recht mangelhaft sein kann. Zu Unrecht ist daher die Begründung[19]) der Meinung, diese Fassung ermögliche und fordere die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters.

Eine gleichmäßige Berücksichtigung des intellektuellen und Willensmoments bringt erst der Kommissionsentwurf von 1913. In engem Anschluß an den österreichischen Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1909[20]) bestimmt § 22 Abs. 1 des KE., daß ein Jugendlicher nicht schuldhaft handelt, wenn er unfähig ist, „das Ungesetzliche der Tat einzusehen, oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen".

Nicht so zutreffend, als der KE. sagt der E. von 1919 § 130: „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht zurechnungsfähig, wenn er pp."

An dieser Fassung halten unter unbedeutenden Aenderungen die Entwürfe zu einem Jugendgerichtsgesetz von 1920[21]) und 1922, aus denen das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 hervorgegangen ist, fest[22]).

---

19) Begründung 19.

20) § 6 Abs. 1 des österr. VE. lautet: „Wer zur Zeit der Tat im Alter vom vollendeten vierzehnten bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre stand (Jugendlicher) ist nicht strafbar, wenn er wegen zurückgebliebener Entwicklung oder Mangels der geistigen Reife nicht die Fähigkeit besaß, das Unrecht seiner Tat einzusehen, oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen." Der Entwurf ist abgedruckt Z. 30, 303 ff.

21) Sieh Freudenthal Z. 41, 661. Ein 1912 veröffentlichter Entwurf eines besonderen Jugendgerichtsgesetzes (abgedruckt Z. 34, 119) betrifft lediglich das Strafverfahren gegen Jugendliche.

22) An Stelle des „ist nicht zurechnungsfähig" in § 130 E. 1919 sagt § 3 JGG. „ist nicht strafbar". Ob darin eine prinzipielle Abweichung von der Stellungnahme des E. 1919 zu der Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Periode der relativen Strafmündigkeit liegt, unten S. 32 Anm. 62.

§ 4.

1. Erfordert die Vorschrift des § 3 JGG. die Fähigkeit zur Einsicht, oder diese Einsicht selbst?

2. Das Verhältnis von Einsichts- zum Willensvermögen.

1. Bevor wir auf die inhaltliche Bedeutung der Vorschrift eingehen, ist es nötig festzustellen, ob nach dieser Vorschrift zur Bejahung der Strafbarkeit erforderlich ist, daß der Jugendliche die Einsicht in das Ungesetzliche der Tat positiv besessen hat, oder ob es genügt, daß ihm bloß die Fähigkeit zu dieser Einsicht innewohnte.

Man hat nämlich in der Literatur gegen die Fassung der Vorschrift eingewandt, nach ihr sei anzunehmen, daß für die Strafbarkeit des Jugendlichen nicht dessen Fähigkeit das Ungesetzliche der Tat einzusehen, sondern das Bestehen dieser Einsicht selbst erforderlich sei. Denn es heißt in § 3 des JGG., ein Jugendlicher ist nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat unfähig war, „seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen". Hier wäre nach sprachlicher Auslegung anzunehmen, daß diese Einsicht (in das Ungesetzliche der Tat) wirklich vorhanden war[23]). Der Jugendliche soll nicht strafbar sein, wenn er die Einsicht in das Ungesetzliche der Tat zwar besessen hatte, aber doch unfähig war, dieser Einsicht gemäß zu handeln. Nicht zu Unrecht hat man daher gesagt, diese Formulierung treffe nicht für Fahrlässigkeitsvergehen und strafrechtlichen Irrtum zu[24]). Denn in diesen Fällen

23) Löffler 17; ebenso sagt Oetker Str. Beh. S. 393 zu der oben Anm. 20 angeführten Bestimmung des öst. VE., daß sie „nicht nur die Fähigkeit zum Verständnis für die Rechtswidrigkeit usw., sondern dieses Verständnis selbst" fordert.

24) Kronecker Aerztl. Sachv. Zg. 16, 103.

begehe der Jugendliche die Straftat, ohne das Ungesetzliche der Tat wirklich einzusehen[24a]), könne daher nicht „seinen Willen dieser Einsicht gemäß bestimmen".

Demgegenüber ist nun zu betonen, daß der Fehler eben nur in der Formulierung des Gesetzes liegt; in Wahrheit kommt es auf das Vorhandensein der Einsicht gar nicht an.

Einer anderen Auffassung scheinen wohl Hellwig und Kiesow zu sein. Der erstere sagt[25]): „Die Willensfähigkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Jugendliche keine Vorstellung von der Straftat für seine eigene Zukunft hat, da es dann an einer wesentlichen Voraussetzung für die Willensbildung fehlt." Kiesow behauptet[26]): „Die mangelnde Willensfähigkeit setzt der Natur der Sache und nach der Fassung des Gesetzes voraus, daß der Jugendliche nicht nur die Einsichtsfähigkeit, sondern die Einsicht selbst hat." Hiernach müßte in der Tat bei Fahrlässigkeitsvergehen und beim Irrtum die Willensfähigkeit und damit die Strafbarkeit der Jugendlichen immer verneint werden.

Wenn beispielsweise ein Jugendlicher an seinem Fenster einen Blumentopf so ungeschickt aufstellt, daß dieser herabfällt und einen anderen auf den Kopf trifft — fahrlässige Körperverletzung —, so müßte die Willensfähigkeit des Jugendlichen von vornherein verneint werden. Denn er hat in diesem Fall ja keine Vorstellung von der Körperverletzung für seine eigene Zukunft, oder etwa die Einsicht in das Ungesetzliche

---

24a) Selbst, wenn Vorsatz vorliegt, ist damit das Vorhandensein der Einsicht in das Ungesetzliche noch keineswegs bejaht. Vorsatz und Einsicht sind streng voneinander zu scheiden. Es kann Vorsatz vorliegen und doch die Einsicht fehlen, und umgekehrt. Aber gerade bei Fahrlässigkeitsvergehen und beim strafrechtlichen Irrtum zeigt sich die Unrichtigkeit der Fassung des Gesetzes am deutlichsten. Deshalb ist im Text nur von ihnen die Rede.

25) § 3 Anm. 7.

26) § 3 Anm. 4.

der Körperverletzung gehabt. Die Unrichtigkeit einer solchen Entscheidung liegt auf der Hand. Nicht die Einsicht selbst ist daher zu fordern. Die Vorschrift des § 3 JGG. kann nur dahin ausgelegt werden, daß bei dem Jugendlichen die Möglichkeit festzustellen ist, ob er, wenn er die Einsicht wirklich besessen hätte, fähig wäre, entsprechend dieser Einsicht zu handeln[27]).

Auch wenn der Jugendliche nicht die Einsicht, sondern nur die Einsichtsfähigkeit besitzt, kann bei ihm die entsprechende Willensfähigkeit vorhanden sein, nämlich, wenn der Jugendliche soweit herangereift ist, daß man von ihm sagen kann: hätte dieser Jugendliche die Einsicht in das Ungesetzliche wirklich gehabt, so wäre er imstande gewesen, den verbrecherischen Reizen zu widerstehen.

Die Willensbestimmungsfähigkeit setzt nach dem Ausgeführten bloß die Fähigkeit zur Einsicht, nicht die Einsicht selbst voraus. Die Einsicht muß dem Jugendlichen nur erkennbar gewesen sein.

Diese Annahme wird nicht durch den Umstand entkräftet, daß das Gesetz die Prüfung der geistigen und sittlichen Entwicklung in bezug auf die konkrete Tat gebietet. Denn dieser Umstand erklärt sich nur aus der Erwägung, daß die geistige und sittliche Reife in der Entwicklung begriffener Menschen für gewisse Delikte bereits bestehen, während sie für andere fehlen kann. Diese Beziehung zur Tat dient mithin nur um den Grad der bei dem Jugendlichen festzustellenden geistigen und sittlichen Reife anzugeben. Es ist aber damit nicht gesagt, daß für die Feststellung dieser Reife der Besitz der Einsicht in das Ungesetzliche des konkreten Falls erforderlich sei. Der Nachdruck liegt nicht auf der

27) So sagt Frank § 3 Anm. II, 2: das Hemmungsvermögen bedeute eine Anforderung an den Willen, nämlich die Möglichkeit, Hemmungsvorstellungen wirksam werden zu lassen, und zwar die Hemmungsvorstellungen, die auf der möglichen Erkenntnis der Ungesetzlichkeit beruhen.

Handlung als solcher, sondern vielmehr auf dem durch die geistige und sittliche Entwicklung bedingten Vermögen [28]).

2. Eine nähere Betrachtung des Verhältnisses von Einsichts- zum Willensvermögen zeigt nun, daß beide Elemente im Verhältnis der Bedingtheit zueinander stehen, d. h. die Fähigkeit des Täters, seine Handlungen zu beherrschen, kann nicht vorhanden sein, wenn ihm die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen, abgeht, nicht aber umgekehrt. Ein Jugendlicher kann sehr wohl fähig sein, das Ungesetzliche der Tat einzusehen, aber gleichwohl unfähig, sein Tun und Lassen in Einklang mit den bereits erworbenen Begriffen zu leiten, weil er außerstande ist, dem ersten Impulse, der ihn ergreift, zu widerstehen.

Dieses Verhältnis von Einsichts- zum Willensvermögen ist in § 3 JGG. nicht klar zum Ausdruck gebracht. Wenn es hier heißt, ein Jugendlicher ist nicht strafbar, wenn er unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen, *oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen*, so setzt dieser zweite Satz doch voraus, daß die Fähigkeit zur Einsicht in das Ungesetzliche der Tat vorhanden war. Man kann den Willen eben nicht nach der unerkennbaren rechtlichen Bedeutung der Tat bestimmen.

Richtiger müßte es daher in § 3 JGG. etwa so heißen:

„Ein Jugendlicher ... ist nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat ... unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen, oder doch, trotz Vorhandenseins

---

28) *Hoppe* 274; *Stienen* 85; unrichtig *Herrschmann* 118. Die von ihm S. 121 vorgeschlagene Formel: „Nicht strafbar ist derjenige, dessen Einsicht in das Unrechtmäßige seiner Tat ... beeinträchtigt war, oder der zur Zeit der Tat trotz vorhandener Einsicht in das Unrechtmäßige seiner Tat außerstande war, dieser Einsicht gemäß zu handeln ...." befriedigt aus den oben im Text angeführten Gründen nicht.

solcher Einsichtsfähigkeit, seinen Willen nicht der Einsicht gemäß bestimmen konnte."[29])

Wir kommen nach dem Angeführten zu dem Ergebnis, daß die Ansicht, wonach die Willensfähigkeit schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter nicht eine Vorstellung von der Straftat für seine eigene Zukunft (Hellwig), oder die Einsicht in die Ungesetzlichkeit besessen hat (Kiesow), als unrichtig abzuweisen ist, daß vielmehr die Willensfähigkeit nur Einsichtsfähigkeit, nicht die Einsicht selbst, voraussetzt (übereinstimmend Frank), und daß die Willensfähigkeit durch das Vorhandensein der Einsichtsfähigkeit bedingt ist.

§ 5.

Inhaltliche Bedeutung der Vorschrift.

Gleich § 56 StrGB. fordert auch das JGG. eine gewisse Einsicht. „Einsicht" bedeutet unzweifelhaft eine Fähigkeit des Verstandes, eine Intelligenzeigenschaft, die den Menschen aus eigenem Wissen heraus, zum richtigen Verständnis oder Erkennen etwa einer bestimmten Frage oder Sachlage befähigt. Dazu gehört ein gewisses Quantum von positiven Kenntnissen, ein gewisses Maß von Urteilsfähigkeit, das Vorhandensein gewisser Begriffe und Vorstellungen, ein bestimmtes Erfahrungswissen. Es genügt demnach nicht ein bloß äußerlich angelerntes Wissen, wie es auch beim strafunmündigen Kinde vorhanden sein kann. „Die Einsicht geht nach innen. Sie bildet den Gegensatz zum Auswendigwissen."[30])

---

29) Eine andere Formulierung bringt Beling, der die Fassung des Gesetzes ebenfalls beanstandet, in Methodik S. 138.
30) Berner 83.

Der Jugendliche soll das Ungesetzliche seiner Tat einsehen können. Was unter dem Wort „das Ungesetzliche" zu verstehen ist, darüber äußern sich die Motive nicht. Die Denkschrift zum E. 1919[31]), aus dem, wie oben erwähnt, die Vorschrift übernommen worden ist, hebt zutreffend hervor, daß aus der Fassung „das Ungesetzliche" sich klar ergibt, es komme nicht darauf an, ob der Täter das Sittenwidrige der Tat einsehen kann; es komme vielmehr auf die Fähigkeit, die Tat als rechtlich mißbilligt zu erkennen, an. Der Jugendliche soll danach fähig sein einzusehen, daß seine Handlung rechtlich unzulässig, verboten ist, daß sie mithin gegen ein Staatsgebot oder Verbot verstößt[32]).

Zu Unrecht hat man gegen die Fassung „das Ungesetzliche" gesagt, sie fordert, daß der Täter die Gesetze kennt[33]), oder die Fähigkeit, von dem gesetzlichen Verbote oder Gebote, sich Kenntnis zu verschaffen[34]). Eine solche Auslegung steht in völligem Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes. Denn das Gesetz fordert nur die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen. Die Fähigkeit einzusehen bedeutet jedoch, wie wir schon gesehen haben, etwas anderes als konkretes Wissen. Wer das Gesetzesverbot kennt, der muß noch nicht auch die Fähigkeit besitzen, das Ungesetzliche seiner Tat einzusehen; denn jene Wissenschaft kann auch eine äußerliche, angelernte sein, mithin nur Auswendigwissen, nicht Einsicht.

Man könnte allerdings, um jeden Zweifel nach dieser Richtung hin auszuschließen, an Stelle der Wen-

31) S. 30.

32) Kiesow § 3, 4; Engelmann 24; Frank § 3, II; Metzger 196; Hellwig § 3, 5; Beling Method. 138; Lobe Leipz. Komm. (3. Aufl.) § 3, 3.

33) Herrschmann 119.

34) Fennig 109, sieh ferner Goldschmidt JW. 51, S. 252 f.; Merkel Z. 43, 312; Seelig Str. r. Zg. 1912, S. 224; Göring Z. 42, 747.

dung „das Ungesetzliche" „das Unrecht" setzen. Dieser Wechsel wäre aber insofern bedenklich, als der Ausdruck „das Unrecht" mehrfacher Deutung fähig ist. Wir sprechen von „Unrecht" auch dort, wo eine Handlung pflichtwidrig, unmoralisch ist. Der Wechsel könnte daher leicht zu der Annahme verleiten, als verlange das Gesetz die Fähigkeit das Sittenwidrige, oder etwa das Gemeinschädliche der Tat einzusehen. So ist denn in der Tat für Lenz[35]) die Einsicht in das Unrecht gleichbedeutend mit der Einsicht in das Gemeinschädliche, für Herrschmann[36]), mit der Einsicht in den ethischen Unwert der Tat[37]). Und gerade, um eine derartige Gesetzesauslegung auszuschließen, ist die Fassung „das Ungesetzliche" gewählt worden[38]). Der besondere Wert dieser Fassung liegt eben darin, daß sie in Gegensatz zu dem vieldeutigen Ausdruck „das Unrecht" klar zum Ausdruck bringt, was das Gesetz will. Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes genügt es daher nicht, wenn der Jugendliche bloß das Gemeinschädliche oder Sittenwidrige seiner Handlung erkennen konnte. Nicht jede gemeinschädliche oder sittenwidrige Handlung ist denn auch rechtswidrig und umgekehrt: nicht jede rechtswidrige Handlung ist gemeinschädlich oder sittenwidrig[39]). Es wird beispielsweise kaum einen Jugendlichen über vierzehn Jahre geben, es sei denn er wäre geisteskrank oder blödsinnig, der nicht die Fähigkeit besitzt das Unsittliche seines Tuns zu erkennen, deswegen braucht er aber nicht noch auch fähig zu sein, zu erkennen, daß sein Verhalten in Widerspruch mit der staatlichen Rechtsordnung steht.

---

35) S. 24.

36) S. 119.

37) Mißverständlich auch v. Liszt-Schmidt § 37, das Ungesetzliche = das Unrichtige.

38) Hellwig § 3, 5; Beling Methodik 138; Ebermeyer JW. 51, 247.

39) Hellwig § 3, 5.

Es soll damit natürlich nicht behauptet werden, daß die Einsicht in das gemeinschädliche oder Sittenwidrige der Handlung überhaupt keine Bedeutung hat. Nicht selten wird der Richter gerade durch Feststellung der Einsicht in das Gemeinschädliche der Tat auf das Vorhandensein der nach § 3 JGG. erforderlichen Einsicht schließen können. Das darf aber nicht dazu führen, die Einsicht in das Gemeinschädliche oder Sittenwidrige für ausreichend zu erklären.

Eine strenge Scheidung zwischen sittlicher und Rechtswidrigkeitseinsicht ist m. E. gerade bei Jugendlichen unbedingt geboten[40]). Die Anwendung des § 3 JGG. darf nicht eine so laxe werden, wie es bei § 56 StrGB. der Fall gewesen war, wo bekanntlich vielfach schon das Kennen und Wissen der einfachsten Begriffe der Moral (etwa der 10 Gebote) zur Annahme der im Gesetz erforderlichen Einsichtsfähigkeit für ausreichend erklärt war.

Das zweite Erfordernis der Strafbarkeit, daß das JGG. in § 3 aufstellt ist: die Fähigkeit seinen Willen

40) Nach Entwurf 1925 § 17 soll es auf die Fähigkeit ankommen, das Unerlaubte der Tat einzusehen, oder dieser Einsicht gemäß zu handeln. Hier ist im Wortlaute eine Abweichung vom § 3 JGG. festzustellen. Statt „das Ungesetzliche" steht „das Unerlaubte". Auf den ersten Blick möchte man annehmen, daß sachlich beide Bestimmungen das nämliche besagen wollen, daß die Verschiedenheit bloß eine stilistische sei. Denn im Sinne eines Gesetzes ist das Unerlaubte nur das, was das Gesetz nicht erlaubt, also das, was in Widerspruch mit seinen Normen steht, kurz das Ungesetzliche. Gl. A. Gerland Entw. 1925 S. 32 A. 2. Die Begründung zum Entwurf S. 15 ist indessen anderer Meinung. „Unerlaubt ist, was das Recht oder das Sittengesetz verbietet." Daß diese Auffassung nicht in Einklang mit § 3 des JGG. steht, liegt auf der Hand. Die Ansicht der Begründung läßt sich allerdings nicht ohne weiteres aus dem Gesetzestext entnehmen. Es bestände daher künftig, d. h., wenn § 17 des E. von 1925 Gesetz wird, die Möglichkeit, § 17 im gleichen Sinne auszulegen, wie § 3 JGG. Nicht zu billigen ist daher die Ansicht Aschaffenburgs, der eine Aenderung des § 3 JGG. im Sinne des § 17 des E. wünscht, um die Uebereinstimmung zwischen beiden Bestimmungen herbeizuführen (vgl. Aschaffenburg, Mon. 1925, S. 149). Das Umgekehrte wäre wohl besser. Bedenken gegen § 17 E. 1925 hegt auch Alsberg 68.

dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Das bedeutet, daß der Jugendliche imstande gewesen sein muß, sich zu beherrschen, seiner selbst mächtig zu sein, d. h. er muß ein solches Quantum sittlicher Kraft besitzen, daß er durch Einschaltung von Hemmungsvorstellungen, den Antrieben zur Straftat wirksam Widerstand zu leisten vermag.

Die Fassung „seinen Willen ... bestimmen" ist, richtiger Ansicht nach, nur im Sinne des gewöhnlichen Lebens, also in rein psychologischen Sinne zu verstehen [41]). Nur in diesem Sinne kann der „Wille" überhaupt Gegenstand richterlicher Untersuchung sein. Der Richter hat sich mit psychologisch-metaphysischen Grundfragen nicht zu befassen [42]). Mit Recht hat daher die Denkschrift zum Entwurf 1919 ausgeführt [43]), daß in dieser Fassung eine Stellungnahme zu der Frage der Willensfreiheit nicht zu erblicken sei [44]).

---

41) Wachenfeld Bemerkungen S. 95, sowie Lehrbuch 137; Gretener 95; v. Hippel 127; a. A. Hellwig § 3, 7.

42) a. A. Frank, Blätt. f. Gefängnisk., Bd. 44, S. 243 f., und Reform I S. 234, der die Fassung des Gesetzes deshalb ablehnt, weil sie mit dem Begriffe des Willens operiert, den eine bestimmte psychologische Richtung für eine Illusion erklärt. Er schlägt daher folgende Formel vor: „oder sein Verhalten nach dieser Einsicht zu richten", „den zur Begehung der Handlung drängenden Trieb zu beherrschen". Daß indessen auch in dem „Beherrschen", oder in dem „Richten" des Verhaltens das „Wollen" sachlich nicht enthalten ist, kann wohl nicht ernstlich behauptet werden. Siehe v. Hippel 131 f.

43) S. 29 f.

44) Im Verhältnis zu § 56 StrGB. ist § 3 JGG. wohl als das mildere Gesetz anzuerkennen, da es neben der geistigen, noch die sittliche Reife des Jugendlichen berücksichtigt, gl. A. Kiesow § 3, 9; Hellwig § 44, 1; Lobe Leipz. Komm. (3. Aufl.) § 3, 2; und die Begründung zu § 42. Es ist daher, bei Aburteilung einer vor dem Inkrafttreten des JGG. begangenen strafbaren Handlung eines Jugendlichen, gem. § 2 Abs. 2 St.GBr nur § 3 JGG. anzuwenden. Demgegenüber nimmt das Reichsgericht E. 58, 99; 58, 128; und JW. 1925, 995 an, daß § 3 JGG. das mildere Gesetz ist, insofern er die Strafbarkeit eines Jugendlichen nicht mehr ausschließlich von einem bestimmten Grade seiner Verstandesreife abhängig macht, sondern daneben auch die Willensreife erfordert. Anderseits sei § 56 StrGB. das mildere Gesetz insofern, als danach ein Jugendlicher freizusprechen ist, wenn er nicht die

§ 6.

Die Beziehung des Einsichts- und Willensvermögens zur Tat.

Die geistige und sittliche Entwicklung des Jugendlichen geht allmählich vor sich. Die geistige Reife auf den verschiedenen Rechtsgebieten, wie Strafrecht, Zivilrecht, öffentliches Recht erlangt der Jugendliche in verschiedenen Lebensstufen.

Auch innerhalb des einzelnen Rechtsgebiets, besonders des Strafrechts, muß unterschieden werden.

Das Einsichts- und Hemmungsvermögen kann bei Jugendlichen für gewisse Vergehen, wie Eigentumsvergehen, bereits bestehen, in bezug auf andere, wie politische Vergehen, Geheimbündelei u. dgl. fehlen [45]).

Das Gesetz trägt diesem Umstand Rechnung, indem es bestimmt, daß bei Begehung einer Handlung seitens eines Jugendlichen, dessen Einsichts- und Willensvermögen von Fall zu Fall zu prüfen ist. Diese Prüfung soll aber immer mit Rücksicht auf die Natur der konkret begangenen Handlung erfolgen [46]).

Strafbarkeitseinsichtsfähigkeit besaß, während er nach § 3 JGG. schon bestraft werden kann, wenn er fähig war, das Ungesetzliche — wenn auch nicht das Strafbare — der Tat einzusehen. Und nun meint das RG., hieraus folge, daß neben der Einsicht in die Strafbarkeit, gem. § 3 JGG. festzustellen sei, die Fähigkeit, seinen Willen der Einsicht in die Ungesetzlichkeit der Tat entsprechend zu bestimmen. Es wendet also die dem Beschuldigten günstigsten Bestimmungen aus § 56 StrGB. und § 3 JGG. an. Das widerspricht dem klaren Wortlaute des § 2 Abs. 2 StrGB. Denn nach diesem ist nur das mildere Gesetz anzuwenden. Eine Kombination von verschiedenen Gesetzen ist daher nicht möglich. Wachenfeld 57 Anm. 4; v. Liszt-Schmidt 94. Wie das RG. entscheidet auch Francke § 44, 2. Gegen das Rg. auch Freudenthal in der A. zu der E. in der JW.

45) Wachenfeld 141.

46) Unbestrittene Ansicht. Vgl. Wachenfeld 138 f.; v. Bar 75 f.; v. Liszt-Schmidt 169; M. E. Mayer 226. Einen abweichenden Standpunkt nimmt v. Liszt in den älteren Auflagen seines Lehrbuchs ein, z. B. 9. Aufl. S. 161; es sollte die Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit der begangenen Ver-

Danach kann bei einer Mehrheit seitens des Jugendlichen begangenen strafbaren Handlungen, das Einsichts- und Hemmungsvermögen für die eine Handlung vorhanden sein, für die andere fehlen. Dann ist die Strafdrohung für jene Handlung zur Anwendung zu bringen, die für diese dagegen nicht.

Auch bei Idealkonkurrenz können ähnliche Erwägungen maßgebend sein. Das Einsichts- und Hemmungsvermögen kann sehr wohl hinsichtlich einer von den verschiedenen Beziehungen der Tat zum Strafrecht vorhanden sein, während sie hinsichtlich der übrigen fehlt. Begeht z. B. ein Jugendlicher in Tateinheit eine Verfehlung gegen § 176,3 und eine solche gegen § 185 StrGB., so ist er wegen dieser strafbar, wenn er zwar das Einsichts- und Willensvermögen für diese besitzt, dagegen für die andere sie ihm abgeht. Dem steht nicht der Umstand entgegen, daß jene Gesetzesübertretung die schwerere ist, und demgemäß das schwerere Gesetz gem. § 73 StrGB. allein zur Anwendung zu bringen ist. Mit Recht hat das RG.[47]) ausgeführt, daß jenem Umstand keine Bedeutung beizulegen sei. Die Vorschrift des § 73 StrGB. hat lediglich die Bedeutung, eine mehrfache Bestrafung wegen einer und derselben Handlung, obwohl mehrere Strafgesetze verletzt sind, auszuschließen. Sie setzt aber eine solche Verletzung des schweren Gesetzes voraus, die zu einer Bestrafung auf Grund des schwereren Gesetzes führt. Fällt die Möglichkeit der Bestrafung auf Grund des schwereren Gesetzes wegen des Mangels des Einsichts- und Willensvermögens fort, so liegt der in § 73 StrGB. vorgesehene Fall nicht vor und steht deshalb der Anwendung des milderen Gesetzes nicht entgegen.

---

brechensart erforderlich sein. Hiergegen mit Recht Schneider 190, A. 12; besonders H. Schmidt 47 f. In der 11. und den folgenden Auflagen schließt sich v. Liszt der gem. M. an.

47) E. 47, 385.

Die Möglichkeit einer solchen Unterscheidung ist allerdings von Heinemann[48]) bestritten worden und zwar, weil im Fall der Idealkonkurrenz nur ein Verbrechen vorliegt; es könne daher das Einsichtsvermögen nicht zum Teil verneint und zum Teil bejaht werden. Dagegen sei die Unterscheidung vom Standpunkt der Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz möglich.

Man wird Heinemann darin nicht zustimmen können. Denn die Frage, ob bei Idealkonkurrenz ein oder mehrere Verbrechen anzunehmen sind, hängt durchaus nicht mit der hier zur Entscheidung stehenden Frage zusammen, welches Gesetz wir bei dem Jugendlichen in konkretem Fall anwenden dürfen. Das beweist schon der Umstand, daß selbst Vertreter der von Heinemann abgelehnten Auffassung der Idealkonkurrenz, wie z. B. Olshausen[49]), jene Unterscheidung bei Jugendlichen ausdrücklich ablehnen.

Aber auch sachlich ist die Ansicht Heinemanns nicht gerechtfertigt. Wenn zwar bei Idealkonkurrenz nur eine Handlung und daher ein Verbrechen vorliegt[50]), so ist dabei nicht zu übersehen, daß die konkrete Handlung die Merkmale verschiedener Verbrechen enthält. Nun setzt aber die Anwendung eines Strafgesetzes immer voraus, daß dessen Uebertreter das Verständnis für das durch dieses Strafgesetz geschützte Interesse besitzt. Fehlt dieses Verständnis, so kann das verletzte Strafgesetz nicht zur Anwendung kommen. Darüber würden wohl keine Zweifel bestehen, wenn die konkrete Handlung sich nur gegen ein Rechtsgut richtete, mithin nur ein Strafgesetz verletzte. Wenn nun dieselbe Handlung sich zugleich gegen andere Rechtsgüter richtet, so muß, da das Gesetz die Prü-

48) S. 100.
49) § 56, 5.
50) Heinemann a. a. O., besonders Wachenfeld-Theorie S. 57 ff., sowie Lehrbuch 102 ff., v. Liszt-Schmidt § 56.

fung des Einsichts- und Willensvermögens in bezug auf die ganze Tat, mithin nicht nur eine Seite derselben, vorschreibt, auch nach dieser Richtung hin das Einsichts- und Willensvermögen besonders geprüft werden. Die gesonderte Prüfung für jede Beziehung der Tat zum Strafrecht, ergibt sich hiernach aus der besonderen Natur der Handlung als eine zwiefache Gesetzesverletzung von selbst. Es ist daher kein Grund einzusehen, warum in einem solchen Fall nicht zulässig sein soll, das Einsichts- und Willensvermögen für dieselbe Handlung teils zu bejahen, und teils zu verneinen, und dementsprechend dasjenige Gesetz nicht anzuwenden, das, falls es allein in Betracht käme, gewiß nicht angewandt werden würde [51]).

Auch bei der sogenannten Gesetzeskonkurrenz kann der Fall eintreten, daß nur das allgemeine, statt des besonderen Gesetzes anzuwenden ist. Wenn Jugendliche auf dem Lande telegraphische Anlagen zum Zielpunkt ihrer Wurfübungen machen [52]), so kann es sein, daß sie nur die Einsicht in das Rechtswidrige der Sachbeschädigung überhaupt besitzen, während ihnen die

---

51) Bezüglich der Idealkonkurrenz gl. A. v. Bar 78; v. Liszt-Schmidt 169; v. Lilienthal Jug. Alter 114; Meyer-Allfeld 153 Anm. 6; Finger 217 Anm. 299; Köhler 335; Daniel 219; Oetker Str. Behandl. 391 Anm.; Frank § 3, 111; Kiesow § 3, 4; Hellwig § 3, 4; Oppenhof-Delius § 56, 4; Lobe Leipz. Komm. (3. Aufl.) § 3, 4; und das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung vgl. E. 11, 387 (bei Idealkonkurrenz der §§ 240 und 176, 3 ist das erstere Gesetz anzuwenden, wenn die Einsicht aus § 176, 3 fehlt, die aus § 240 vorhanden ist), ebenso E. 47, 385 (bei Tateinheit von § 185 und § 176, 3). a. A. sind Olshausen § 56, 5; Schwarz § 56, 3c; H. Schmidt 52 ff.; v. Slupecki 41. Es sei hier bemerkt, daß in der Literatur durchweg (mit Ausnahme von Heinemann) die hier zur Entscheidung stehende Frage unabhängig von der viel umstrittenen Frage nach der rechtlichen Natur der Idealkonkurrenz entschieden wird. So finden sich zwischen den in dieser Anmerkung zitierten Schriftstellern, die auf dem Standpunkt der hier vertretenen Ansicht stehen, sowohl Anhänger der Auffassung der Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz, wie solche der Verbrechenskonkurrenz. Das gleiche gilt in bezug auf die unter „a. A." Zitierten.

52) Dambach GS. 23, 261.

Einsicht davon, daß durch ihre Handlungen die Benutzung der Telegraphenanstalt verhindert wird, völlig abgehen kann. Da nun im Falle der sogen. Gesetzeskonkurrenz das allgemeine Gesetz solange außer Anwendung bleiben muß, als eine Bestrafung wegen des besonderen Gesetzes stattfindet, so ist, wenn der innere Tatbestand des besonderen Gesetzes nicht erfüllt ist, das allgemeine Gesetz anzuwenden. Desgleichen wird ein Jugendlicher, der das Vergehen des § 314 StrGB. (Transportgefährdung) begangen hat, im Falle, daß ihm die Einsicht von der Gefahrsetzung abgeht, während sie bezüglich der Sachbeschädigung nach § 303 StrGB. vorhanden ist, nach § 303 StrGB. zu bestrafen sein. In allen diesen Fällen wäre die Anwendung des schwereren Gesetzes an Stelle des besonderen gewiß ungerecht und dem Willen des Gesetzes kaum entsprechend, das die geistige und sittliche Entwicklung des Jugendlichen berücksichtigt wissen will[53]).

Nicht anders wird auch in den Fällen zu entscheiden sein, wenn die Strafbarkeit einer Handlung durch das Hinzutreten von besonderen Umständen erhöht wird[54]). Wie z. B. beim schweren Diebstahl nach § 243 StrGB., ein Fall, der in der Praxis nicht selten vorkommt[54a]). Ein Jugendlicher kann nun sehr wohl fähig sein, das Rechtswidrige des Diebstahls einzusehen, während er darüber, daß es etwas Besonderes

53) Gl. A. außer Dambach a. a. O.; Frank § 3, III.; v. Bar 78; v. Schwarz § 56, 3; Schneider 192; v. Lilienthal Jug. Alt. 115; Allfeld 153 A. 6; Daniel 220; Oppenhoff-Delius § 56, 4; RG. E. 47, S. 385. a. A. Olshausen § 56, 3; H. Schmidt 53; v. Slupecki S. 41.

54) Gl. A. Schneider 188 ff.; Daniel 218 ff. (der auch Oetker GS. 73, 391 anführt; ich zweifle, ob mit Recht); Hälschner 222; v. Bar 79; v. Liszt-Schmidt § 38; Frank a. a. O.; Hellwig § 3, 4; a. A. Meyer-Allfeld a. a. O.; Köhler 335; Finger 216 A. 297; Olshausen § 56,5; Schwarz § 56 3c; Rudorff-Stenglein § 56, 4; H. Schmidt 51.

54a) Vgl. den von Schneider S. 193 angeführten Fall.

wäre, seinen eigenen Schlüssel beim fremden Schranke, oder über den Zaun zu klettern, um den Diebstahl auf dem Nachbargrundstücke auszuführen, völlig in unklarem sein kann. Wenn demnach dem Jugendlichen das Verständnis für die besonderen Merkmale seiner Handlung oder davon, daß in seiner Handlung sich die rechtlichen Merkmale eines bestimmten Strafgesetzes verwirklichen, abgeht, so ist es gewiß gerechter in diesem Fall, statt des besonderen Gesetzes über den schweren Diebstahl, das mildere über den einfachen Diebstahl anzuwenden.

Es ist hier der Ort noch etwas näher auf einige Entscheidungen des Reichsgerichts einzugehen, um daraus die Stellungnahme des RG. zu den hier erörterten Fragen und Fällen zu ersehen.

Das RG. hat bei Ideal- und Gesetzeskonkurrenz Bestrafung nach dem milderen (allgemeinen) Gesetz angenommen, unter Nichtanwendung des schwereren (besonderen), wenn die Einsicht nur für das mildere Delikt vorhanden ist. Beim Vorliegen von erschwerenden Umständen dagegen, Bestrafung nach dem besonderen Gesetz, auch wenn der Täter den erschwerenden Umstand zu würdigen unfähig war. So E. 5,394: „War der jugendliche Täter befähigt zu erkennen, seine Tat sei strafbar, so verhält es sich nunmehr mit der Anwendung des Strafgesetzes auf dieselbe nicht anders, als bei den Handlungen völlig strafmündiger zurechnungsfähiger Personen; die zutreffende Bestimmung wird angewandt, ohne daß bewiesen werden müßte, der Täter habe die Fähigkeit gehabt, dieselbe zu kennen, insbesondere sich darüber klar zu werden, daß nach dem positiven Recht seine Handlung nicht ein einfaches, sondern ein qualifiziertes Vergehen mit erhöhter Strafdrohung darstelle." Ebenso E. 25,319. Hier ist die Revision der Ansicht, der mittels Einsteigens verübte Diebstahl vereinige die Tatbestandsmerkmale des

einfachen Diebstahls und des Hausfriedensbruches, weshalb dem Angeschuldigten nachgewiesen werden müßte, daß er bei Begehung der strafbaren Handlung, die zur Erkenntnis der Strafbarkeit dieser beiden Straftaten, aus denen seine strafbare Handlung sich zusammensetze, erforderliche Einsicht, gehabt habe. Das RG. lehnt jedoch die Revision ab mit der Begründung, daß das qualifizierte Delikt nicht mehrere Strafgesetze verletze, während im Falle der ungleichartigen Idealkonkurrenz die von den mehreren verletzten Strafgesetzen bedrohten Straftaten sich objektiv in ihren begrifflichen Merkmalen unterscheiden.

Dieser theoretisch an sich richtigen Ansicht des RG. gegenüber ist zu betonen, daß in tatsächlicher Beziehung beide Fälle einander völlig gleichstehen. In beiden Fällen schließt das besondere Delikt (§ 176,3 bezw. § 243 StrGB.) die begrifflichen Merkmale des allgemeinen (§ 185 bezw. § 242 StrGB.) in sich. Die Unterscheidung ist daher innerlich unbegründet. Mit Recht weist v. Bar[55]) darauf hin, daß es doch nur meist eine Frage der Gesetzes- und Rechtstechnik sei, ob man einen erschwerenden Umstand als solchen oder als ein möglicherweise idealkonkurrierendes Delikt aufstellen will. Was nun den anderen Grund, den das RG. in der ersten angeführten Entscheidung geltend macht, anbetrifft, bei unbedingt strafmündigen Personen werde nicht anders verfahren, so ist er nicht stichhaltig. Denn bei erwachsenen normalen Menschen wird das Verständnis für die besonderen Merkmale ihrer Handlungen in der Regel vorhanden sein, und nur infolge einer der in § 51 StrGB. bezeichneten Entartungszustände könnte es fehlen. Eine Prüfung nach dieser Richtung hin wäre daher überflüssig. Sie wäre auch mit großen Schwierigkeiten verbunden und würde zudem der ge-

55) S. 79 Anm. 175.

setzlichen Grundlage entbehren, da das Gesetz bei Erwachsenen eine derartige Prüfung überhaupt nicht vorschreibt. Das alles kann jedoch nicht bezüglich Jugendlicher gelten, denn das Gesetz will, daß bei ihnen die geistige und sittliche Reife in jedem Einzelfall besonders geprüft werden.

Die Ansicht des RG. müßte übrigens folgerichtig zur Ablehnung jeder Unterscheidung, und zwar sowohl bei der Idealkonkurrenz, wie bei der sogen. Gesetzeskonkurrenz führen. Denn hier werden bei Erwachsenen dergleichen Unterscheidungen ebenfalls nicht gemacht.

Das RG. hat jedoch in späteren Entscheidungen, wie bereits oben [56]) festgestellt, anders entschieden. Von besonderer Wichtigkeit ist vor allem die Entscheidung in dem Fall der sogen. Gesetzeskonkurrenz [57]). Hier wendet das RG. das mildere Gesetz an, obwohl bei der sogen. Gesetzeskonkurrenz ebenso, wie beim qualifizierten Diebstahl, für die konkrete Handlung nur ein Gesetz in Frage kommt. Das allgemeine Gesetz dagegen, wird in solchem Fall überhaupt nicht angewandt [58]). Damit gibt das RG. seinen in der E. 25,319 eingenommenen Standpunkt preis. Es steht daher, von dem jetzt in der E. 45,385 eingenommenen Standpunkt aus, der Anwendung des allgemeinen Strafgesetzes auch beim qualifizierten Diebstahl nichts im Wege. — Eine neuere Entscheidung über diesen Fall liegt noch nicht vor.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen: Das Einsichts- und Hemmungsvermögen ist stets mit Rücksicht auf die Natur der konkret begangenen Tat zu prüfen. Beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (Realkonkurrenz) ist daher nur wegen derjenigen Handlung zu strafen, für die das Einsichts- und

56) S. 25 Anm. 53.
57) E. 47, 385.
58) Wachenfeld 105; v. Liszt-Schmidt § 56.

Willensvermögen bejaht ist; bei Verletzung mehrerer Strafgesetze in Tateinheit (Idealkonkurrenz) ist dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das zur Anwendung kommen würde, wenn es allein verletzt wäre; ebenso ist bei der sog. Gesetzeskonkurrenz und beim Vorliegen von qualifizierenden Momenten das mildere (allgemeine) Gesetz anzuwenden, wenn das Einsichts- und Hemmungsvermögen zwar für das einfache (allgemeine), aber nicht für das schwere (besondere) Delikt in allen ihren rechtlich erheblichen Merkmalen vorhanden ist.

§ 7.

Rechtliche Bedeutung des Mangels des Einsichts- und Hemmungsvermögens.

Das JGG. hat die früher bei der Auslegung des § 56 StrGB. bestehende Streitfrage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Periode der relativen Strafmündigkeit[58a]) nicht ausdrücklich entschieden.

Nach § 3 JGG. ist ein Jugendlicher, der ohne Einsichts- und Hemmungsvermögen gehandelt hat, „nicht strafbar". Hieraus ein Schluß auf die zur Entscheidung stehende Frage zu ziehen, ist nicht möglich. Auch die Begründung zum JGG. gibt auf diese Frage keine Antwort. Sie gebraucht den Ausdruck „Strafmündigkeit", die fehlende Einsichts- und Willensfähigkeit soll „die Strafe ausschließen". Sie läßt indessen nicht erkennen, in welchem Sinne sie den Begriff der Strafmündigkeit aufgefaßt wissen will.

Es kann indessen kein Zweifel darüber bestehen, daß auch nach § 3 JGG., ebenso wie nach § 56 StrGB., der Mangel der Einsichts- und Willensfähigkeit einen Schuldausschließungsgrund bildet. Hierfür spricht zu-

58a) Vgl. darüber oben S. 1 ff.

nächst der Wortlaut des Gesetzes selbst. Denn das Kriterium, das in § 3 des JGG. enthalten ist, nämlich die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, stellt inhaltlich nichts anderes dar, als eben den Begriff der Schuldfähigkeit. Deren Wesen wird ja meist in dem Vorhandensein zweier Faktoren erblickt: eines intellektuellen und eines Willensvermögens. „Die Schuldfähigkeit ist die Fähigkeit unerlaubte Handlungen zu denken und zu wollen.“ [59]) Und zwar soll, wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt, das Einsichts- und Willensvermögen in bezug auf die konkrete Tat vorhanden gewesen sein.

Der Grund nun, weshalb das Gesetz die Prüfung des Einsichts- und Hemmungsvermögens gerade auf die Zeit, zu der die Tat begangen wurde, bezieht, läßt sich hierbei nur von unserem Standpunkt aus erklären. Solange nicht die Schuldfähigkeit des Täters zur Zeit der Tat feststeht, mithin, ob er fähig war, einen strafrechtlich erheblichen Willen zu entfalten, ist eine Zurechnung der Tat zur Schuld nicht möglich. Die Tat soll eben zur Schuld zugerechnet werden und damit diese Zurechnung geschehen kann, muß natürlich die Schuldfähigkeit, d. h. die Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen zur Zeit der Tat geprüft werden.

Demgegenüber ist jener Umstand mit der Auffassung, daß nach § 3 JGG. das jugendliche Alter nur einen Strafausschließungsgrund darstelle, nicht vereinbar. Denn von ihrem Standpunkt aus müßte die Prüfung der Einsichts- und Willensfähigkeit sich vielmehr auf die Zeit der Verurteilung des Täters beziehen. Es

59) Wachenfeld 136. Im einzelnen gehört zu der Schuldfähigkeit (vgl. Wachenfeld a. a. O.) die Fähigkeit zur Einsicht in: 1. den natürlichen Verlauf der Handlung, 2. die rechtliche Bedeutung der Handlung und 3. die Fähigkeit zu Körperbewegungen In der Hauptsache entspricht dieser Begriffsbestimmung die Formel des § 3 JGG.

ist daher nicht ersichtlich, welche Bedeutung die Feststellung des Unterscheidungsvermögens in bezug auf die Tat für die Frage, ob der jugendliche Täter straffähig ist, mithin, ob bei ihm die Voraussetzungen dafür, daß die Strafe wirkt, vorhanden sind, haben soll.

Letzterer Auffassung steht vor allem aber § 51 StrGB. entgegen.

Wie ist es nun, wenn die freie Willensbestimmung des Jugendlichen infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit, oder aus einem sonstigen Grunde gem. § 51 StrGB. ausgeschlossen war? Darüber bestehen wohl keine Zweifel, daß dies Schuldausschließungs- keine Strafausschließungsgründe sind. Warum soll nun nicht das Gleiche gelten, wenn die freie Willensbestimmung — und etwas anderes bedeutet die Fähigkeit, „seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen" zweifellos nicht[60]) — infolge mangelnder geistiger und sittlicher Reife gem. § 3 JGG. ausgeschlossen war? Weil hier die Ursache eine andere war? Weil dort Geisteskrankheit, hier geistige und sittliche Unreife den Grund der Willensunfähigkeit abgeben? Für die Frage, ob Schuldfähigkeit in einem bestimmten Fall vorliegt oder nicht, kann doch nicht die Verschiedenheit des Grundes, aus dem sich die Willensunfähigkeit ergibt, maßgebend sein. Entscheidend ist nur, ob der Tatbestand der Willensunfähigkeit gegeben ist.[60a])

Demgegenüber steht unserer Auffassung nicht der Umstand entgegen, daß in § 3 JGG., außer der Fähigkeit zur freien Willensbestimmung, noch die Fähigkeit gefordert wird, das Ungesetzliche der Tat einzusehen. Das Letztere wird zwar in § 51 StrGB. nicht aus-

---

60) Siehe Francke § 3, I.

60a) Die Berücksichtigung der geistigen und sittlichen Entwicklung bei Jugendlichen kann hiernach nicht als ein materielles Privileg für Jugendliche angesehen werden. Auch bei Erwachsenen kann die Schuldfähigkeit ausgeschlossen werden, wenn infolge mangelnder geistiger und sittlicher Entwicklung die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

drücklich verlangt. Das darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, bei Erwachsenen sei jene Einsichtsfähigkeit überhaupt nicht erforderlich. Wie wir bereits oben [60b]) ausgeführt haben, entspricht eine solche Auffassung weder der Entstehungsgeschichte des § 51 StrGB., noch ist sie von theoretischem Standpunkt aus haltbar. Auch bei Nichtjugendlichen muß also bei Prüfung ihrer Zurechnungsfähigkeit stets festgestellt werden, ob sie die Fähigkeit zur Einsicht in das Ungesetzliche der Tat besessen haben.

Ergibt danach der Inhalt des § 3 JGG. ganz zweifellos, daß das Gesetz die Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der relativen Strafmündigkeit im Sinne der Schuldunfähigkeit entschieden hat, so wird diese Annahme noch durch folgende Tatsachen bestätigt.

Nach dem Zeugnis von Kiesow [61]) ist man bei der Abfassung des Gesetzes (wobei Kiesow selbst mitgewirkt hat) tatsächlich davon ausgegangen, daß der Grund der Straflosigkeit in dem Mangel der Zurechnungsfähigkeit liegt. Die Vorschrift ist, wie die Begründung an mehreren Stellen hervorhebt, in engem Anschluß an den Entwürfen von 1913 und 1919 verfaßt worden; sie entspricht daher inhaltlich dem § 221 E. 1913 und § 130 des E. 1919 [62]).

60b) S. 2 ff.

61) § 2, I.

62) Die einzige Abweichung besteht darin, daß § 3 JGG. die (neutrale) Wendung „ist nicht strafbar" gebraucht, während die EE. von 1913 und 1919 sich ausdrücklich für die Schuldunfähigkeit aussprechen, vgl. den Wortlaut der im Text angeführten Paragraphen der beiden Strafgesetzentwürfe. Hierin eine Abweichung von prinzipieller Bedeutung zu erblicken, ist bei der wörtlichen Uebereinstimmung, die sonst zwischen § 3 JGG. und den Strafgesetzentwürfen besteht, nicht möglich. Auch findet sich in der Begründung zum JGG. nicht die geringste Andeutung, daß die Abweichung dem Wortlaute des § 130 E. 1919 aus einem bestimmten Grunde beabsichtigt sei. Die Worte „eine mit Strafe bedrohte Handlung" sind demnach in dem Sinne zu verstehen, daß der Jugendliche eine wenigstens objektiv, also den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung, begangen haben muß.

Beide Entwürfe erklären nun ausdrücklich die mangelnde geistige und sittliche Reife für einen Schuldausschließungsgrund.

Des weiteren ist hier § 4 JGG. von erheblicher Bedeutung. Hätte § 3 JGG. nur die Bedeutung eines Strafausschließungsgrundes, so wäre die Vorschrift des § 4 JGG., daß die Strafbarkeit des Anstifters, Gehilfen, Begünstigers und Hehlers durch die Vorschrift des § 3 nicht berührt sein soll, überflüssig. Denn es versteht sich von selbst, daß die Teilnehmer, Begünstiger und Hehler nicht straflos ausgehen werden, wenn der jugendliche Täter nur wegen eines persönlichen, den vollen Verbrechenscharakter seiner Handlung unberührt lassenden Grundes für straflos erklärt wird. § 4 JGG. ist aber gewiß nicht überflüssig. Der Gesetzgeber hat durch dessen Aufnahme eine Lücke ausgefüllt, die dadurch entstanden war, daß er den Mangel der Einsichts- und Willensfähigkeit als einen die Schuldfähigkeit ausschließenden Grundes behandelt hat. Denn bei einer solchen Behandlung erschiene die Strafbarkeit der Teilnehmer an der Haupttat und besonders die des Begünstigers und Hehlers an der Vortat des jugendlichen Täters, bei Schuldunfähigkeit desselben, zweifelhaft [63]). Um nun jeden Zweifel hierüber auszuschließen, hat er ihre Strafbarkeit ausdrücklich angeordnet.

Und schließlich ist noch der Entwurf von 1925 hier zu nennen, dessen § 19 Abs. 2 folgende Bestimmung enthält: „Unter welchen Voraussetzungen einem Jugendlichen eine Tat *nicht zuzurechnen* ist, bestimmt das Jugendgerichtsgesetz."

Der Wortlaut dieser Bestimmung, sowie aus der Stellung, die sie in dem Entwurf einnimmt, läßt darauf schließen, daß der neueste Entwurf sich auf den hier vertretenen Standpunkt stellt. Und man darf da-

63) Das Nähere unten S. 34 ff.

her hoffen, daß § 19 Abs. 2 des E. 1925, zum Gesetz erhoben, jeden Zweifel über die hier behandelte Frage beseitigen wird.

In der Literatur ist man sich über die rechtliche Bedeutung des § 3 JGG. fast einig. Ganz überwiegend wird dem Mangel der Einsichts- und Willensfähigkeit die Bedeutung eines Schuldausschließungsgrundes beigelegt. So Frank[64]), Hellwig[65]), Kiesow[66]), Lobe[67]), Beling[68]), van Calker[69]), Gerland[70]), Metzger[71]), R. Schmidt[72]), Stienen[73]), Kern[74]); dagegen wird die entgegengesetzte Auffassung von Radbruch[75]) und Göbel[76]), vertreten, denen sich das Reichsgericht[77]) neuerdings angeschlossen hat, freilich nur so gelegentlich, ohne jegliche Begründung.

§ 8.

Die Teilnahme und die akzessorischen Delikte: Begünstigung und Hehlerei nach dem Jugendgerichtsgesetz.

Aus der hier vertretenen Auffassung über die rechtliche Bedeutung des Mangels der Einsichts- und Willensfähigkeit würde folgen, daß an der Tat eines

64) § 3, 2.
65) § 3, 3.
66) § 3, 2.
67) § 3, 2.
68) 41.
69) 33 ff.
70) Festschr. 72 ff.
71) JW. 1924 S. 1754.
72) 124.
73) 183.
74) 131.
75) § 3, 1.
76) Nachtrag 520.
77) E. in der JW. 1925, S. 995. Den Standpunkt des Reichsgerichts billigt Freudenthal, s. die Anm. zu der E. des RG. in der JW.

nach § 3 JGG. schuldunfähigen Jugendlichen, strafbare Teilnahme nicht möglich ist. Denn nach den geltenden Bestimmungen des StrGB. über die Teilnahme hängt die Strafbarkeit der Teilnehmer von der Begehung einer strafbaren Haupttat ab [78]).

Hier trifft nun § 4 JGG. die Bestimmung, daß die Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen nicht durch die Vorschriften der §§ 2, 3 berührt wird. Anstifter und Gehilfen sollen hiernach auch dann strafbar sein, wenn die Tat an der sie teilgenommen haben, wegen Strafunmündigkeit [79]), oder mangelnder Einsichts- und Willensfähigkeit nicht strafbar ist. Also Teilnahme an einer wegen mangelnder Schuldfähigkeit straflosen Tat.

Man wird indessen die Strafbarkeit der Mitwirkenden an einer wegen mangelnder Schuldfähigkeit straflosen Tat des jugendlichen Täters nicht in allen

---

78) Wachenfeld 138. Vgl. den Wortlaut der beiden §§ 48 und 49 StrGB.

79) Auch Strafunmündige sind gemäß § 2 JGG. schuldunfähig. Denn er bedient sich derselben Ausdrucksweise, wie § 3 JGG. („ist nicht strafbar"). Es kann hieraus der Schluß gezogen werden, daß bei Kindern der Grund der Straflosigkeit der nämliche ist, wie bei Jugendlichen. Sonst wäre nicht ersichtlich, warum zurechnungsfähige Kinder straflos bleiben sollen. Das Gesetz stellt hiernach für Kinder eine unwiderlegliche Vermutung ihrer Unzurechnungsfähigkeit auf. Ebenso Lobe § 3, 4; Beling 41; Kiesow § 2, 1, der mit Recht auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift hinweist; Hellwig § 3, 4; Gerland-Festschr. 76; Frank § 3, 11; van Calker 33; a. A. Radbruch § 2, 2; Göbel (Nachtrag); wohl auch R. Schmidt 125. Auch das Reichsgericht gehört hierher, s. E. 57, 206. Seltsamerweise stellt hier das RG. die Behauptung auf, das JGG. schließe sich bei der Fassung des § 2 aufs engste dem Vorentwurf von 1909, der in § 82 bestimmte: „Nicht strafbar ist, wer usw.". Der VE. habe diese Fassung gewählt, um klarzustellen, daß die Strafunmündigkeit kein Schuld-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund sein solle. Das RG. läßt hierbei völlig außer acht die Entwicklung, die die Strafrechtsreform seit dem VE. von 1909 bis zum JGG. durchgemacht hat. Gegen das RG. auch Frank § 2, II. Der neueste Entwurf von 1925 § 19, 1 sagt nun ausdrücklich: „Nicht zurechnungsfähig ist, wer zur Zeit der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist." Dadurch soll nach der Begründung zum E. klargestellt werden, daß der Grund der Strafunmündigkeit die fehlende Zurechnungsfähigkeit ist. Vgl. die Begründung S. 19.

Fällen aus § 4 JGG. herleiten können. Denn es ist hierbei von erheblicher Bedeutung, ob der Mitwirkende die Schuldfähigkeit des jugendlichen Täters kannte oder nicht. War sie ihm bekannt, so kommt § 4 JGG. überhaupt nicht in Betracht. Denn dann liegt mittelbare Täterschaft vor.

Es ist allerdings in der Literatur behauptet worden, durch § 4 JGG. sei die sogenannte mittelbare Täterschaft auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts beseitigt[80]). Auch die Begründung[81]) meint, darauf, ob der Anstifter oder Gehilfe gewußt hat, daß der Angestiftete strafunmündig, oder nicht im Besitz des Unterscheidungsvermögens gewesen ist, komme es nicht an. So allgemein ausgesprochen ist dieser Satz unrichtig. Denn derjenige der die Strafunmündigkeit, oder den Mangel des Unterscheidungsvermögens kennt, ist nicht „Anstifter", sondern mittelbarer Täter, da er hier nicht fremden Willen bestimmt, und ebenso der Gehilfe nicht fremdem Willen dient. Beide beherrschen vielmehr den Willen des anderen. Von einer „Teilnahme" zu sprechen ist hier so wenig zulässig, wie in dem Fall, daß jemand sich eines leblosen Werkzeuges, oder etwa eines abgerichteten Tieres bei Begehung der strafbaren Handlung bedient hat. „Der mittelbare Täter ist Täter, nichts weiter als Täter."[82]) Er kann daher nicht als „Anstifter" oder „Gehilfe" bezeichnet werden, wie die Begründung das tut.

Des weiteren bleibt nach § 4 JGG. die Frage offen, wie es ist, wenn jemand einen anderen, den er irrtümlich für strafunmündig oder gem. § 3 JGG.

80) Gerland-Festschr. 77 ff.; Kern 131 f. („Bei strafbaren Handlungen von Kindern und unentwickelten Jugendlichen gibt es seit JGG. keine mittelbare Täterschaft mehr.")

81) S. 273 (Hellwig).

82) Wachenfeld-Mittelb. Tätersch. 341; daß trotz § 4 JGG. die mittelbare Täterschaft nicht beseitigt ist, nehmen an: Kiesow § 3, 5; Hellwig § 3, 2.

schuldunfähig hält, zur Begehung einer strafbaren Handlung anstiftet, oder hierzu Hilfe leistet. Täterschaft auf seiten des Bestimmenden oder Gehilfen anzunehmen, wäre unmöglich, weil durch die auf freien Entschluß beruhende Handlung der Mittelsperson der Kausalzusammenhang unterbrochen wurde[83]). Trotzdem er mit Tätervorsatz gehandelt hat, ist er nur als Teilnehmer zu bestrafen, weil der Tätervorsatz den Teilnehmervorsatz in sich schließt[84]).

Scheiden somit die beiden bisher besprochenen Fälle von der Anwendung des § 3 JGG. ganz aus, so bleibt nur noch ein Fall übrig, in dem eine Bestrafung der Teilnehmer auf Grund des § 4 JGG. möglich ist. Das ist der nach geltendem Recht besonders streitige Fall, in welchem jemand einen anderen, den er irrtümlich für strafmündig, oder gem. § 3 JGG. schuldfähig hält, anstiftet oder unterstützt. Hier hat der Anstifter bezw. der Gehilfe an der Tat des anderen nur teilnehmen wollen, er hat also nur den Teilnehmervorsatz. Ihn wegen vorsätzlicher Täterschaft zu bestrafen ginge nicht an, da hierzu erforderlich wäre, daß er mit Tätervorsatz gehandelt hat[85]). Für diesen Fall will also § 4 JGG., daß der Teilnehmer nach seiner Vorstellung von der Zurechnungsfähigkeit beurteilt wird. Er ist als Teilnehmer zu behandeln, obwohl objektiv Täterschaft vorliegt[86]).

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß das Anwendungsgebiet des § 4 JGG. sich nur auf wenige Fälle beschränkt.

---

83) Wachenfeld-Der allgem. Teil 306.

84) Wachenfeld 190; im Ergebnis ebenso Kiesow § 4, 5.

85) Mitunter wird hier fahrlässige Täterschaft angenommen, Wachenfeld 190.

86) Wachenfeld-Der allgem. Teil 306. Anders liegt die Sache, wenn der Jugendliche gem. § 51 StrGB. schuldunfähig ist. Dann besteht die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Teilnahme nicht. Doch ist mittelbare Täterschaft möglich. Näheres bei Wachenfeld-Mittelb. Täterschaft. 131 ff.

Er stellt aber andererseits in diesem seinen Anwendungsgebiet eine wichtige Ausnahme von dem Grundsatze der Akzessorität der Teilnahme im Sinne des geltenden Strafgesetzbuchs. Denn während nach den Teilnahmebestimmungen des StrGB. eine Bestrafung der Teilnehmer als solche, bei Schuldunfähigkeit des Haupttäters ausgeschlossen ist, gestattet das JGG. § 4 eine solche Bestrafung. Der Anstifter und Gehilfe werden als solche bestraft, obwohl die Haupttat nicht strafbar ist.

Es wirft sich nun die Frage auf, welche Voraussetzungen die Handlung des Jugendlichen (Kindes), an der teilgenommen wurde, erfüllen muß, damit eine Bestrafung der Teilnehmer nach § 4 JGG. eintreten kann.

Es dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach dem JGG. die Teilnahme keineswegs als ein Delictus sui generis gedacht ist. Der Anstifter oder Gehilfe ist nach § 4 JGG. nicht schon dann strafbar, wenn er einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt oder seine Hilfe angeboten hat, ehe noch der andere wenigstens die Ausführung der Handlung begonnen hat. Dann könnte man von einer „Teilnahme" überhaupt nicht sprechen.

Auch nach dem JGG. ist die Teilnahme akzessorischer Natur, aber in einem anderen Sinne, als nach dem StrGB. Das StrGB. fordert zur Bestrafung der Teilnehmer, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat. Das JGG. dagegen fordert etwas weniger. Es genügt, ist aber auch erforderlich, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig gesetzt hat. Gesetzlicher Tatbestand und Rechtswidrigkeit der Tat sind mithin die beiden Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Teilnehmer an derselben bestraft werden können. Das Fehlen einer von diesen beiden Voraus-

setzungen schließt die Strafbarkeit der Teilnehmer aus. So wenn z. B. jemand einen anderen zur Begehung einer Tötung anstiftet oder hierzu Hilfe leistet, und die Tötung durch einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Grundes, z. B. Notwehr, entschuldigt ist. Erfüllt andererseits die Haupttat nicht den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung, kann natürlich der Teilnehmer an derselben auch trotz ihrer Rechtswidrigkeit nicht bestraft werden.

Man kann diese Form der Teilnahme „limitiert-akzessorisch" nennen zum Unterschied von der „extrem-akzessorischen" des StrGB.[87])

Auch Begünstigung und Hehlerei setzen nach geltendem Strafrecht eine strafbare Handlung des Vortäters voraus, d. h., daß die Vortat vollen Deliktscharakter besitzen muß. Ist der Vortäter unzurechnungsfähig, so können Begünstiger und Hehler nicht bestraft werden[88])

Um dieses vom kriminal-politischen Standpunkt aus gewiß nicht wünschenswerte Resultat auszuschließen, bestimmen bereits die EE. von 1913 und 1919, daß die Begünstigung und die Hehlerei auch dann strafbar ist: „wenn der andere nicht zurechnungsfähig war"[89]). Das JGG. ist ihnen gefolgt.

Ist danach die Handlung des jugendlichen Vortäters wegen fehlender Einsichts- und Willensfähigkeit

---

87) Die Ausdrücke stammen von M. E. Mayer (vgl. Reform des StrGB. 1910 I S. 355 ff.).

88) Wachenfeld 424. Vgl. auch den Wortlaut der §§ 257 ff. Doch ist bei Sachhehlerei Verurteilung wegen Unterschlagung möglich; v. Liszt-Schmidt § 147; v. Bar 801 f. Einen weiteren Fall, in dem die Strafbarkeit des Täters von der Begehung eines Delikts seitens eines anderen, das objektiv wie subjektiv als Verbrechen erscheint, bildet § 139 StrGB. Durch § 4 JGG. ist darin nichts geändert, da er lediglich auf die vorhergehenden Bestimmungen des JGG. Bezug nimmt. Gl. A. Kiesow § 4, 7. Dagegen stellen die EE. von 1913 und 1919 die Nichtanzeige unter Strafe, wenn der Täter wegen jugendlichen Alters nicht schuldhaft gehandelt hat.

89) § 371 und § 372, 2, E. 1913; § 234, 2, § 383, 2 E. 1919.

nicht strafbar, so ist der Begünstiger und der Hehler gleichwohl strafbar. Der persönliche Begünstiger freilich kann auch trotz § 4 JGG. nicht bestraft werden. Denn der Tatbestand der persönlichen Begünstigung erfordert, daß der Begünstiger Beistand leistet, um den Täter oder Teilnehmer „der Bestrafung zu entziehen". Wo aber ein staatlicher Anspruch auf Bestrafung gar nicht zur Entstehung gelangt ist, kann der Begünstiger oder Teilnehmer nicht „der Bestrafung entzogen werden". Es liegt hier ein untauglicher Versuch vor, der straflos bleibt [90]).

Ebenso wie bei der Teilnahme muß auch hier die Vortat wenigstens rechtswidrig sein und den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen. Der Vorsatz des Begünstigers oder Hehlers muß wenigstens sich auf diese beiden Voraussetzungen beziehen. Und man kann hier den für die Teilnahme nicht, wie die Begründung irrtümlich annimmt, in allen Fällen geltenden Satz aufstellen, daß „darauf, ob der Hehler oder Begünstiger gewußt hat, daß der Vortäter strafunmündig oder nicht im Besitz des Unterscheidungsvermögens gewesen ist" nicht ankommt.

§ 9.

Schluß.

Wegfall der Strafe bei der Zwangserziehung und der bedingten Strafaussetzung.

Es ist allgemein anerkannt worden, daß das Jugendgerichtsgesetz gegenüber dem Strafgesetzbuch einen bedeutenden Schritt vorwärts bedeutet. Das verdankt es vor allem folgenden wichtigen Neuerungen des materiellen Strafrechts: die Periode der Strafunmün-

90) Kiesow § 4, 4, Frank § 4.

digkeit ist vom 12. auf das 14. Lebensjahr heraufgesetzt (§ 2 JGG.), die Bestrafung des Jugendlichen ist von einer die Gesamtpersönlichkeit berücksichtigenden Prüfung abhängig gemacht (§ 3 JGG.). An Stelle, oder neben der Strafe kann Zwangserziehung eintreten (§ 5 f. JGG.), und schließlich ist die bedingte Strafaussetzung eingeführt (§ 10 ff. JGG.).

Während nun beim Mangel der Einsichts- und Willensfähigkeit der Grund der Straflosigkeit darin liegt, daß der Jugendliche schuldunfähig ist, daß mithin seine Handlung eine für das Strafrecht irrelevante ist, bleibt er bei Anordnung der Zwangserziehung von krimineller Strafe ganz oder zum Teil frei, obwohl er strafrechtlich zurechnungsfähig, seine Handlung daher strafbar ist[91]). Der Grund der Straflosigkeit liegt hier also nicht in der Schuldunfähigkeit des Jugendlichen, er liegt vielmehr darin, daß die Zwangserziehung einen größeren Erfolg verspricht, als die kriminelle Strafe. Lediglich, um den jugendlichen Täter zu erziehen und ihn dadurch, wie die Begründung sagt, „an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen", wird hier von der Verhängung der Strafe abgesehen. Das Gesetz steht auf dem Standpunkt, den schon der Vorentwurf und die ihm folgenden Strafgesetzentwürfe einnehmen, daß jugendliche Personen, solange sie erzogen werden können, von krimineller Strafe verschont bleiben sollen.

Die Rücksicht auf die Persönlichkeit des jugendlichen Täters, die sich in den Bestimmungen über die Zwangserziehung zeigt, kommt noch stärker zum Ausdruck bei der bedingten Strafaussetzung. Hier bleibt der zur Strafe verurteilte Jugendliche von der

---

91) Das trifft freilich nicht in allen Fällen zu. Denn die Zwangserziehung kann auch angeordnet werden, wenn der jugendliche Täter nach § 3 JGG. nicht zurechnungsfähig ist. Vgl. § 5 Abs. 3 JGG.

Strafe bewahrt, „damit der Verurteilte sich durch gute Führung während einer Probezeit Straferlaß verdienen kann".

Dadurch soll vor allem der Verhängung kurzzeitiger Freiheitsstrafen vorgebeugt werden. Denn sie haben oft schwere Folgen im Gefolge, so daß dadurch der Vorteil einer konsequenten Durchführung des Strafgesetzes weit überwogen wird.

Auch hier sehen wir also, daß die Strafe wegfällt nicht aus einem Grunde, der die Schuldfähigkeit des jugendlichen Täters ausschließt, sondern aus rein kriminalpolizeilichen Gründen.